

SEÇÃO CRIMINAL

A privatização dos estabelecimentos penais diante da Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal)

JULIO FABBRINI MIRABETE
Procurador de Justiça aposentado-SP

É princípio da Lei n.º 7.210, de 11.07.84, a cooperação das forças sociais na execução das penas. Nem a lei nem seu espírito impedem que entidade privada gerencie e opere os estabelecimentos penais, ressalvadas as atividades jurisdicionais e executivo-judiciárias dos órgãos da execução penal.

1. Objeto da execução penal

Dispondo o art. 1.º da Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984, que "a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado", denunciam-se como objeto da execução penal duas ordens de finalidades. A primeira delas é a correta efetivação dos mandamentos existentes na sentença ou outra decisão criminal, destinados a reprimir e prevenir os delitos. A segunda é a de proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, instrumentalizada pela oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos às medidas de segurança possam participar construtivamente da comunidade social.

Adotando os princípios da Nova Defesa Social, com as idéias de Fillippo Grammatica, Adolfo Prins e Marc Ancel, de se instituir um movimento de política criminal humanista fundado na idéia de que a sociedade apenas é defendida à medida que se proporciona a adaptação do condenado ao meio social, o objetivo de reinserção social compreende a assistência e ajuda na obtenção dos meios capazes de permitir o retorno do apenado e do internado ao meio social em condições favoráveis para a sua integração.

2. Processo para a integração social do condenado

A afirmação de que é possível, através do cárcere, castigar o delinquente, neutralizando-o através de um sistema de segurança, e, ao mesmo tempo, ressocializá-lo através de um tratamento, não mais se sustenta, o que exigiu a escolha de novos caminhos para a execução das penas, principalmente no que tange às privativas de liberdade. Nesse sentido, a lei pátria tem como idéia central a ressocialização, unida ao postulado da progressiva humanização e liberação da execução penitenciária, de tal maneira que, asseguradas medidas como as permissões de saída, o trabalho externo e os regimes abertos, a execução tenha maior eficácia, pois que os vínculos familiares, afetivos e sociais são sólidas bases para afastar os condenados da delinquência. Mesmo os que não acreditam no efeito ressocializador da pena de prisão, como era o caso do saudoso professor Manoel Pedro Pimentel, não negam a necessidade de sua humanização através de uma política de educação e de assistência ao preso, que lhe facilite, se assim o desejar, o acesso aos meios capazes de permitir-lhe o retorno à sociedade em condições de convivência normal. Para isso, é indispensável a colaboração da sociedade. Deve ela participar de tal processo de reintegração social a fim de que, ao fim da execução, receba em seu seio o condenado em condições de viver normalmente no meio social.

Por tal razão a Lei de Execução Penal prevê uma participação ativa de órgãos sociais na execução penal, quer como órgãos da execução penal, quer em outras atividades executivas materiais.

3. Cooperação da comunidade

Preconiza o art. 4.º da Lei de Execução Penal que o Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança, pois, segundo o que consta da exposição de motivos do projeto que deu origem à Lei n.º 7.210, nenhum programa destinado a enfrentar os problemas referentes ao delito, ao delinquente e à pena se completaria sem o indispensável e contínuo apoio comunitário (item 24). É ponto inovador na lei nacional que o Estado deve recorrer à cooperação da comunidade como condição essencial para que seja alcançado o objetivo de facilitar a futura reinserção do condenado na vida social.

Com o referido dispositivo não está o Estado eximindo-se da tarefa que lhe é pertinente, mas apenas afirmando que cabe à própria comunidade uma parcela de responsabilidade na reintegração daquele que delinuiu. A moderna orientação doutrinária, aliás, assinala a conveniência de incorporar e incrementar a participação da comunidade, com o esforço privado, idôneo, na obra de readaptação dos delinquentes.

4. Setores de participação de órgãos da sociedade

Nos termos da Lei de Execução Penal, a comunidade deve participar do procedimento da execução na fiscalização e assistência não só com relação aos presos e internos, como também aos submetidos às penas restritivas de direito. Determina-se, em primeiro lugar, a criação, em cada comarca, do Conselho da Comunidade, composto, no mínimo, por um representante da associação comercial ou industrial, um advogado indicado pela seção da Ordem dos Advogados do Brasil e um assistente social escolhido pela Delegacia Seccional do Conselho Nacional de

Assistentes Sociais (art. 8.º), com a atribuição de visitar os estabelecimentos penais, entrevistar presos, apresentar relatórios e diligenciar para a obtenção de recursos materiais e humanos para melhor assistência ao preso ou internado (art. 81). Outra participação da comunidade está nos patronatos particulares, destinados a prestar assistência aos albergados e aos egressos (art. 78), incumbindo-lhes ainda orientar os condenados a penas restritivas de direitos, fiscalizar o cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana e colaborar na fiscalização do cumprimento das condições de suspensão e do livramento condicional (art. 79).

Disseminados pela Lei de Execução Penal estão outros dispositivos que, indiretamente, se referem à participação da comunidade na execução penal, tais como: a assistência à saúde, compreendendo atendimento médico, farmacêutico e odontológico quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover tal assistência (art. 14, parágrafo 2.º); os convênios com entidades particulares para as atividades educacionais quanto a escolas que ofereçam cursos especializados (art. 20); a assistência religiosa por sacerdotes ou leigos (art. 24); o trabalho externo em empresas privadas para presos em regime semi-aberto e fechado e o trabalho externo em obras públicas realizadas por entidades privadas de presos em regime fechado (art. 36); o trabalho dos presos albergados (arts. 93 a 95); o tratamento ambulatorial se não realizado no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (art. 101); as informações à Comissão Técnica de Classificação (art. 9.º, II) etc.

Expressamente, portanto, a lei prevê o mínimo de participação das forças sociais da comunidade na execução da pena, através não só de órgãos da execução — Patronato e Conselho da Comunidade —, como em outras atividades do processo de reintegração social do condenado, o que não impede, mas, ao contrário, indica a possibilidade de uma participação maior dos órgãos sociais da comunidade. Está em consonância com o espírito da lei e com a moderna doutrina a participação cada vez mais intensa da sociedade na execução das sanções penais.

5. Natureza da execução penal

Diante da sua extrema complexidade discute-se na doutrina a natureza da execução penal a fim de se definir exatamente sua posição, métodos e limites. Hoje não se nega que a natureza jurídica da execução penal não se confina no terreno do Direito Administrativo. Há uma parte da atividade que se refere especificamente a providências dessa ordem, e que fica a cargo das autoridades penitenciárias, mas, ao lado disso, desenvolve-se a atividade do juízo da execução ou atividade judicial da execução. Como já se tem acentuado, a execução penal é uma atividade complexa, que se desenvolve entrosadamente nos planos jurisdicional e administrativo, e não se desconhece que desta atividade participam dois Poderes: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e administrativos. Diante desse caráter híbrido e dos limites ainda imprecisos da matéria, afirma-se na exposição de motivos do projeto que se transformou na Lei de Execução Penal: "Vencida a crença histórica de que o direito regulador da execução é de índole predominantemente administrativa, deve-se reconhecer, em nome de sua própria autonomia, a impossibilidade de sua inteira submissão aos domínios do Direito Penal e do Direito Processual" (item 10).

Nessa ordem de idéias e diante da Lei de Execução Penal, que, como visto, recorre à cooperação da comunidade na execução da pena para exercer atividades administrativas, há que se distinguir na execução penal espécies diversas de atividade-

des. De um lado, existem as atividades jurisdicionais, referentes às normas de Direito Penal e de Direito Processual Penal, sempre a cargo do juiz da execução e destinadas a dirimir os conflitos de interesses que surjam entre o Estado e o condenado. De outro, estão as atividades administrativas, em sentido amplo, relativas à aplicação das normas que não são de ordem jurisdicional pois não se referem aos referidos conflitos. Tais atividades administrativas em sentido amplo, porém, podem ser classificadas em duas subespécies: as atividades administrativas em sentido estrito (atividades administrativo-judiciárias), que somente podem ser executadas pelas autoridades administrativas, como órgãos do Estado-Administração — titular do *jus puniendi* e as atividades de execução material das penas (atividades administrativas mas não judiciárias, mas simplesmente físicas e concretas), que podem ser atribuídas a órgãos do próprio Estado ou a entidades privadas, conforme disponham as leis administrativas federais ou estaduais.

6. Atividades jurisdicionais

A justiça penal não termina com o trânsito em julgado da sentença condenatória, mas se realiza, principalmente, na execução penal. É ela ainda o poder de decidir o conflito entre o direito público subjetivo de punir (pretensão punitiva ou executória) e os direitos subjetivos concernentes à liberdade do cidadão. Esse conflito não se resume aos clássicos incidentes da execução, mas se estabelece também em qualquer situação do processo executório em que se contraponham, de um lado, os direitos e deveres, componentes do *status* do condenado, delineados concretamente na sentença condenatória e, de outro, o direito de punir do Estado, ou seja, de fazer com que se execute a sanção aplicada na sentença.

Nessa ordem de idéias, fala-se na "jurisdicionalização da execução penal", o que significa que a intervenção do juiz, na execução da pena, é eminentemente jurisdicional, sem se excluírem aqueles atos acessórios, de ordem administrativa, que acompanham as atividades do magistrado. É preciso que o processo de execução possibilite efetivamente ao condenado e ao Estado a defesa de seus direitos, a sustentação de suas razões, a produção de suas provas. A oportunidade de defesa deve ser realmente plena e o processo deve desenvolver-se com aquelas garantias, sem as quais não pode caracterizar-se o "devido processo legal", princípio inserido na Constituição Federal (art. 5.º, LIV). Daí a necessidade de um juiz da execução penal, ou, nos termos da exposição de motivos "do exercício de uma jurisdição especializada" na execução. Compete ao juiz da execução, portanto, intervir sempre que se verifiquem fatos que determinem o início da execução ou a redução, substituição, modificação ou extinção da sanção penal. Nessas oportunidades, o órgão imparcial, que é o Juiz, substitui a atividade das partes em conflito pela sua, tutelando o direito subjetivo ameaçado ou atingido, de caráter público (*jus puniendi*) ou privado (direitos subjetivos do condenado), exercendo a função jurisdicional. Essa atividade jurisdicional está elencada no art. 66, incs. I a V, da Lei de Execução Penal, que prevê a competência do juiz da execução para aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado; declarar extinta a punibilidade; decidir sobre soma ou unificação de penas; progressão ou regressão nos regimes; detração e remição de pena; livramento condicional e incidentes da execução; autorizar saídas temporárias e determinar outras atividades de caráter jurisdicional.

Excetuadas essas atividades, as demais que se realizam na execução da pena revestem-se de caráter administrativo em seu sentido estrito, de natureza judiciária e

que são exercidas por órgãos oficiais, ou de simples execução material, não judiciária, a cargo de órgãos oficiais ou de organismos sociais ou entidades particulares conforme disponha a lei regulamentadora.

7. Atividades administrativas em sentido estrito

Certas atividades, de caráter administrativo, só podem ser executadas por órgãos ou entidade oficiais, razão por que são aqui denominadas de "atividades administrativas em sentido estrito" ou "administrativo-judiciárias". Na Lei de Execução Penal estão, em primeiro lugar, as atividades administrativas do juiz da execução, mencionadas no art. 66, VI a IX, como as de zelar pelo correto cumprimento da pena e de medida de segurança; inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais etc. São atividades também administrativo-judiciárias aquelas previstas como atribuições do Ministério Público (art. 67 e 68), do Conselho Penitenciário (arts. 69 e 70). Também pertence a esse rol a aplicação das sanções disciplinares que, por influírem diretamente na execução da pena, implicando alterações na execução da pena (suspensão ou restrição de direitos, isolamento, conversões, impedimento de benefícios etc.), são administrativo-judiciárias e não podem ficar a cargo de particulares.

8. Atividades de execução material das penas

As demais atividades administrativas, ou seja, não jurisdicionais, que são de ordem administrativa mas apenas de execução material, podem ficar a cargo de órgãos oficiais ou de particulares. Por força da própria Lei de Execução Penal, aliás, cabe ao Patronato particular não só orientar os condenados à pena restritiva de direitos, como fiscalizar o cumprimento das penas de prestação de serviço à comunidade e de limitação de fim de semana e colaborar na fiscalização do cumprimento das condições da suspensão e do livramento condicional, atividades marcadamente administrativas. Cabe ao Conselho da Comunidade visitar os estabelecimentos penais, entrevistar presos, apresentar relatórios mensais ao juiz da execução e ao Conselho Penitenciário, diligenciar a obtenção de recursos materiais e humanos para assistência ao preso ou internado etc., funções também revestidas do mesmo caráter administrativo. Também, como já foi visto, a iniciativa particular é admitida tanto no trabalho interno como no trabalho externo do condenado à pena privativa de liberdade, no tratamento médico, farmacêutico e odontológico, na execução das penas de interdição temporária de direitos etc.

Pode-se, porém, estender a participação de entidades privadas a outras atividades administrativas, de natureza meramente material, que hoje estão a cargo de órgãos oficiais e que, muitas vezes, não são executadas por dificuldades de ordem material ou humana. Nada impede que lei federal ou estadual, por instrumento hábil (delegação, concessão, permissão ou privatização) encarregue uma pessoa jurídica de direito privado de exercê-las para promover a execução material das penas.

Sem qualquer alteração da Lei de Execução Penal federal, podem ser exercidas por entidades privadas atividades como a classificação dos condenados, (arts. 5.º a 9.º), a assistência material, de saúde, jurídica, educacional, social e religiosa ao preso e ao egresso (arts. 10 a 27); o trabalho interno e externo (arts. 26 a 37); a execução de penas de prestação de serviços à comunidade (arts. 149 a 150) e limitação de fim de semana (arts. 151 a 153) etc.

Mas em caráter geral, por força de norma complementar estadual, nada impede que os estabelecimentos penais sejam geridos e operados por empresa privada, ressalvadas as atividades jurisdicionais e administrativo-judiciárias. É o que se verá a seguir.

9. Estabelecimentos penais

Dispondo sobre os estabelecimentos penais, a Lei de Execução divide-os em: Penitenciária, destinada ao cumprimento das penas privativas de liberdade em regime fechado; Colônia Agrícola, Industrial ou similar, para o cumprimento de penas em regime semi-aberto; Casa do Albergado, para o desconto da pena em regime aberto; Centro de Observação, local da realização de exames gerais e criminológico; Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, para a execução de medida de segurança; e Cadeia Pública, destinada ao recolhimento de presos provisórios.

Ao regulamentar a matéria referente a esses estabelecimentos penais, no Título IV, a lei apenas dispõe sobre os requisitos materiais dos edifícios e impõe as condições básicas que devem existir em suas dependências, de acordo com a natureza e peculiaridade de cada um deles. Uma única disposição refere-se à possibilidade da União Federal de construir estabelecimento próprio para condenados à pena superior a quinze anos, quando a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio condenado (art. 86, parágrafo 1.º). Em nenhum momento prevê a obrigatoriedade de que os estabelecimentos locais sejam de propriedade do Estado, permitindo com isso que sejam os prédios pertencentes a empresas privadas, ou, se públicos, ocupados pela iniciativa privada em qualquer dos regimes jurídicos permitidos em lei.

10. Órgãos da execução penal

Distinguindo-se, como já visto, as atividades jurisdicionais, administrativas em sentido estrito (administrativo-judiciárias) e de execução material, os órgãos da Execução Penal têm competência e atribuições distribuídas no Título III da Lei de Execução Penal. Enquanto ao juiz da execução competem todas as atividades jurisdicionais e algumas administrativas em sentido estrito (art. 66), aos demais órgãos são deferidas tarefas administrativo-judiciárias, que só podem ser exercidas por funcionários ou órgãos do Poder Público, e de execução material, distribuídas entre órgãos criados pela própria lei e entidades particulares, conforme disponha a lei.

Ao Ministério Público e Conselho Penitenciário são deferidas atividades administrativas em sentido estrito. Assim, ao Ministério Público cabem tarefas administrativo-judiciárias, como as de fiscalizar a execução da pena e da medida de segurança, requerer todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo, interpor recursos etc. (arts. 67 e 68). Ao Conselho Penitenciário, órgão consultivo e fiscalizador da execução, são também atribuídas atividades administrativo-judiciárias, eis que deve emitir parecer sobre livramento condicional, indulto e comutação de penas, além de serviços e inspeção e fiscalização, influenciando diretamente na atividade jurisdicional (arts. 69 e 70).

Outro órgão de execução é o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, subordinado ao Ministro da Justiça, a quem compete propor diretrizes da política criminal quanto à prevenção do delito, Administração da Justiça

criminal e execução das penas e das medidas de segurança, além de outras tarefas de contribuição na elaboração de planos nacionais de desenvolvimento e fiscalização (art. 64). Sua composição é determinada pela própria Lei de Execução Penal e depende de ato do Ministério da Justiça (art. 63).

Conforme dispõe a lei, os demais órgãos da execução podem ser públicos ou particulares. Ao patronato público ou particular incumbem orientação e fiscalização das penas restritivas de direitos, da suspensão e do livramento condicional. Ao Conselho da comunidade, composto pelo próprio Juiz da execução entre particulares indicados por entidades de classe competem também fiscalização e tarefas materiais de execução para assistência ao preso ou internado.

Por fim, refere-se a lei aos departamentos penitenciários nacional e local e à direção e ao pessoal dos estabelecimentos penais. O Departamento Penitenciário Nacional é subordinado diretamente ao Ministério da Justiça, constituindo-se de órgão executivo da Política Penitenciária Nacional e de apoio administrativo e financeiro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Cabe à legislação local a criação e disciplina do Departamento Penitenciário ou órgão similar estadual (art. 73).

Quanto à direção e ao pessoal dos estabelecimentos penais, a lei federal é constituída de normas de caráter geral, prevendo apenas os requisitos exigidos para aqueles que exercerão as atividades de execução material das penas, como os de ser portador de diploma de nível superior em determinadas especialidades, para a direção, e outros, referentes a especialização ou experiência para o pessoal penitenciário (arts. 75 a 77). Não há dispositivo que vede a possibilidade da gerência e operação material dos estabelecimentos penais ser exercida por entidade privada. Em nenhum momento a lei federal dispõe que o diretor e os servidores devam ser obrigatoriamente servidores públicos. Embora se refira a "pessoal administrativo", deve-se entender que essas funções podem ser exercidas por particulares, de entidade privada, quando se trata de atividades de mera execução material da pena (vigilância, instrução técnica, trabalho, assistência etc.).

Como no caso dos Departamentos Penitenciários locais, cabe à legislação estadual disciplinar a matéria referente ao pessoal penitenciário, podendo ser ele um órgão público, ou, através dos meios legais (delegação, autorização, concessão, permissão ou privatização), uma entidade privada. Certamente não ficarão afastados, nessa hipótese, o controle e a fiscalização do juiz da execução e a atividade administrativo-judiciária dos demais órgãos da execução penal, conforme as atribuições previstas na Lei n.º 7.210.

A única atividade que não pode ser exercida por particulares, por influir na execução judiciária da pena, é a de aplicação de sanção disciplinar, que cabe à "autoridade administrativa conforme as disposições regulamentares" (art. 47).

11. Conclusões

Após tal exposição, chega-se às seguintes conclusões:

I. Segundo a Lei n. 7.210, de 11.07.84, os fins da execução são a correta efetivação dos mandamentos existentes na sentença e a harmônica integração social do condenado e do internado.

II. É indispensável, no processo de integração social do condenado, a par da atividade estatal, a colaboração ativa das forças sociais.

III. Como mínimo dessa participação da sociedade no processo de execução, prevê a lei como órgãos da execução o Conselho da Comunidade e o Patronato particular, bem como a participação de particulares e entidades privadas em atividades da execução penal (assistência, trabalho etc.).

IV. A execução penal é matéria complexa, envolvendo atividades jurisdicionais e administrativas.

V. Por força de realidade da execução e dos dispositivos da Lei n.º 7.210, as atividades administrativas da execução dividem-se em atividades administrativas em sentido estrito (administrativo-judiciárias) e atividades de execução material da pena (não judiciária).

VI. As atividades administrativo-judiciárias só podem ser exercidas por funcionários ou órgãos públicos, conforme previsão legal. As atividades da execução material da pena podem ser exercidas por órgãos públicos ou por particulares ou entidades privadas, inclusive em forma empresarial.

VII. Os estabelecimentos penais podem ser edifícios privados ou públicos, geridos e operados por particulares ou entidades privadas para a execução material da pena privativa de liberdade, conforme disponha a lei estadual.

VIII. Essa gerência e operação por empresa privada não afasta a atividade jurisdicional do juiz da execução e as atividades administrativo-judiciárias do magistrado e dos demais órgãos da execução.

IX. A única atividade que não pode ser executada por particulares nos estabelecimentos penais é a aplicação de sanções disciplinares, que, por influir diretamente no desenvolvimento da execução penal (atividade administrativo-judiciária), é destinada a órgão público, conforme disponha a lei local.